

CONSIDERACIONES SOBRE LOS TEMAS Y LA IDENTIDAD DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Federico Arcos Ramírez

Universidad de Almería

1. INTRODUCCIÓN



A delimitación del contenido de la Teoría del Derecho representa una de las problemáticas más interesantes que se dibujan en las discusiones y reflexiones de los últimos años en torno al objeto de la Filosofía jurídica. La impresión más generalizada es que la firmeza con la que aquella denominación ha ido consolidándose en sede teórica y académica (de lo que son buena muestra su inclusión en el título o subtítulo de algunas de las más prestigiosas revistas iusfilosóficas como *Legal Theory* o *Rechtstheorie* y el dar nombre a una asignatura en los planes de estudios de Derecho) no ha ido acompañada de un consenso suficiente sobre sus temas o contenidos. Un repaso a los distintos sentidos, objetos y funciones que se le han encomendado permiten constatar, tal y como señala Nicolás López Calera, que por Teoría del Derecho se puede entender casi todo; que es

un nombre que sirve para todos o para todo sin comprometer inicialmente ni a nada ni a nadie ¹.

Más acuerdo parece advertirse respecto a la consideración de la Teoría del Derecho como una parte de la Filosofía jurídica. La mayoría de autores y doctrinas filosóficas coinciden con Bobbio en que ésta trata las tres siguientes cuestiones básicas: la Teoría del Derecho, la Teoría de la Ciencia Jurídica y la Teoría de la Justicia. Los problemas surgen a la hora de trazar los límites entre la Teoría del Derecho, y la Filosofía del Derecho, por un lado, y entre la Teoría del Derecho y la ciencia o dogmática jurídica, por otro; esto es, a la hora de perfilar los contornos de disciplinas que mantienen una estrecha conexión entre sí. Y ello sitúa a la Teoría del Derecho en una situación nada cómoda ya que, por un lado, le obliga a desarrollar un tipo de estudio o reflexión sobre el Derecho que, aun pasando por la ciencia, no se confunda con el de la dogmática jurídica y, por otro, aun teniendo un carácter filosófico y jurídico, sea sólo una de las parcelas de la Filosofía del Derecho. Como veremos, ninguna de estas dos exigencias se cumple del todo. A veces la Teoría del Derecho se confunde con la ciencia jurídica, mientras que otras lo hace con la Teoría de la Justicia.

El propósito de estas páginas es ofrecer una panorámica de lo que Guastini llama «imágenes» de la Teoría del Derecho, al objeto de ir perfilando las razones que abogan por su caracterización y justificación como una teoría amplia del Derecho capaz de combinar el punto de vista interno y externo respecto al Derecho, esto es, una teoría que, sin renunciar al análisis estructural y a una función clarificadora del lenguaje jurídico ni dejar de ayudar a los operadores a decidir sobre los problemas para los que deben ofrecer una respuesta jurídica, sea capaz al mismo tiempo de distanciarse de la práctica y aspirar a ser una comprensión trascendente y totalizadora de la misma que permita, en último término, responder a la pregunta sobre la naturaleza del Derecho. La valoración y crítica moral del Derecho (normas, sistemas, razonamientos, etc.) sería, por el contrario, el objeto de la Filosofía del Derecho. Esto no significa, en ningún caso, que la perspectiva filosófica delimite el ámbito de la Filosofía respecto a la teoría jurídica. Para responder a las preguntas que se hace, ésta precisa de un importante componente filosófico, que no sería sólo analítico sino también totalizador, trascendente y valorativo.

¹ LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del derecho*, Comares, Granada, 1997, p. 33.



2. TEORÍA DEL DERECHO Y «TEORÍA GENERAL DEL DERECHO»

A veces, si bien quizás cada vez menos, se identifica la Teoría del Derecho con la llamada «Teoría General del Derecho», con la *Allgemeine Rechtslehre* promovida por la jurisprudencia de conceptos en el siglo XIX. Su objeto fue y es la determinación y sistematización de los conceptos jurídicos fundamentales de un sistema jurídico a partir de las formas y contenidos de las normas jurídicas positivas.

García Amado ha llevado a cabo una excelente caracterización de las preocupaciones y los temas de la Teoría General del Derecho. Animada por un talante definitivamente antimetafísico, ésta se centra en el lenguaje y estructura de las normas, los conceptos jurídicos y los sistemas jurídico-normativos, dejando entre paréntesis la cuestión ontológica acerca de si el Derecho posee un ser último distinto de estas normas y sistemas. Partiendo de la efectiva estructuración del material directivo existente en un determinado ámbito de vigencia, la Teoría General del Derecho despliega una labor esencialmente clarificadora del lenguaje normativo. En este estudio formal y estructural tienen cabida asuntos como el examen de las partes de las normas jurídicas, el análisis formal del razonamiento jurídico, la clasificación de las normas y los sistemas jurídicos, el examen de los tipos de relaciones entre las normas (jerarquía, especialidad, deducibilidad, correspondencia, etc.) así como el estudio de los mecanismos formales de producción normativa con su complemento en la teoría de la derogación. Los fenómenos sociales le interesan únicamente en tanto que objetos de calificación deóntica y no como sustrato causal y no digamos ya ontológico del Derecho².

Entendida como una teoría general y formal del Derecho, o, mejor dicho, como una teoría general en tanto que formal³, con la expresión Teoría del Derecho se ha pretendido a veces designar un tipo de conocimiento

² GARCÍA AMADO, J. A., «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la Teoría del Derecho como sucedáneo», *Persona y Derecho*, 31, 1994, pp. 109-155. Citado por <http://www.geocities.com/jagamado/personay.html>, pp. 22 y 23.

³ De acuerdo con Guastini, también puede hablarse de la Teoría del Derecho como «general» en el sentido de teoría «universal», esto es, para designar la búsqueda de conceptos susceptibles de ser empleados para describir cualquier sistema jurídico o bien instituciones comunes a todos los ordenamientos. Esta forma de entender la Teoría del Derecho presupone la idea engañosa de que todos los sistemas jurídicos comparten caracteres comunes necesarios y no contingentes. GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 22.

científico del Derecho positivo diferente, sin embargo, del alcanzado por la ciencia jurídica. La diferencia entre la Teoría General del Derecho y las diferentes dogmáticas jurídicas se encontraría, únicamente, en que éstas elaboraran conceptos de un menor nivel de abstracción, pero sin cuestionar el marco dentro del cual operan⁴.

La reducción de la teoría jurídica a Teoría General del Derecho ha respondido tanto al interés de algunos por preservar una reflexión iusfilosófica diferenciada de la ciencia jurídica, como al convencimiento de otros en que una teoría jurídica de corte científico terminaría sustituyendo a la Filosofía del Derecho. En relación con los primeros, debe señalarse, tal y como pusiera de manifiesto González Vicén, que la Filosofía del Derecho ha trazado a lo largo de su historia diferentes y a veces contradictorias líneas de defensa frente a la ciencia jurídica: teorías psicologistas, sociológicas, comparativistas, pero, sobre todo, «Teoría General del Derecho», cuyo contenido consistía en hallar los elementos permanentes del orden normativo, aquellos conceptos o principios que se dan siempre en el Derecho positivo independientemente de su contenido histórico concreto⁵. En un extremo opuesto, el positivismo (en el que se incluirán tanto las corrientes formalistas decimonónicas como las conectadas con el pensamiento neopositivista y analítico), ha pretendido erradicar la Filosofía jurídica sustituyéndola por una Teoría del Derecho de corte exclusivamente científico, esto es, por una teoría identificada con la Teoría General del Derecho, que no sería más que el mayor grado de abstracción de las ciencias jurídicas particulares.

Creo que ha sido Bobbio uno de los autores que más ha contribuido a fomentar la identificación entre Teoría del Derecho y Teoría General del Derecho. Bobbio parece incurrir aquí en una cierta contradicción. Por un lado, considera la Teoría General como un estudio de las formas de la experiencia jurídica de carácter científico y, por tanto, no encuadrable dentro de la Filosofía del Derecho⁶. Por otro, incluye dentro de esta última a la Teoría del Derecho, cuyo fundamental objetivo es la determinación del concepto del Derecho y que, a juicio del profesor de Turín, partiendo del concepto de norma, se identifica con la teoría del ordenamiento jurídico. Y es precisa-

⁴ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 369.

⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1979, pp. 59-69.

⁶ BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 77.



mente el análisis de la norma y el ordenamiento jurídico sobre lo que versa su conocida *Teoría General del Derecho* que recoge dos trabajos de 1958 y 1960⁷.

Empero ¿son la Teoría del Derecho y la Teoría General del Derecho una misma cosa? La impresión inmediata es negativa al respecto. No en vano, una de las explicaciones de que en los últimos tiempos se haya extendido el uso del término «Teoría del Derecho» ha sido, precisamente, evitar nombres como el de Filosofía del Derecho o, incluso, el mismo de Teoría General del Derecho. Parecería, por tanto, que la Teoría del Derecho es y debe ser entendida como algo distinto a la Teoría General del Derecho, que debería evitarse su consideración como un saber exclusiva o predominantemente científico para pasar a conceptualarla como una reflexión iusfilosófica. Los primeros en denunciar la falta de sustancia filosófica de la Teoría General del Derecho fueron los autores neokantianos, que arremeterán con fuerza contra su restrictivo entendimiento empírico-deductivo. Así, Lask previno contra el equívoco de creer que una investigación empírica podía transformarse en filosófica por el aumento en el grado de generalización, mientras que Radbruch manifestó la imposibilidad de fundamentar inductivamente la universalidad del concepto de Derecho.

En definitiva, con una Teoría del Derecho derivada exclusivamente del material proporcionado por los Derechos positivos, constituida en una superdogmática jurídica, se mutila a la reflexión sobre el concepto de Derecho al aceptar, sin reacción, el material proporcionado por una reflexión científica⁸. Las críticas a esta insuficiente enjundia filosófica se han redoblado en los debates del pensamiento jurídico de las últimas décadas, en los que la identificación o, quizá mejor, reducción de la Teoría del Derecho a Teoría General del Derecho ha sido cuestionada desde diversos frentes, entre otras, por las razones que examinaremos más adelante. Por todo ello, parece razonable sumarse al parecer de Dreier cuando afirma que la expresión «Teoría General del Derecho» significa hoy, si se quiere, una «Parte general» de la Teoría del Derecho en su conjunto⁹.

⁷ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996.

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 189.

⁹ DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría general del derecho», en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, p. 125.

3. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS O METAJURISPRUDENCIA

Un segundo modo de entender la Teoría del Derecho la concibe como una metajurisprudencia o metaciencia jurídica. Ésta es la concepción de la teoría jurídica que defiende Guastini a partir de la conocida distinción de Bobbio entre una Filosofía del Derecho de los filósofos y una Filosofía del Derecho de los juristas. Los primeros concebirían la Filosofía del Derecho como una filosofía aplicada. Sería una *Weltanschauung*, una concepción del mundo «mecánicamente» aplicada al Derecho dirigida a dos objetos principales: el concepto del Derecho en general (al Derecho en cuanto tal, en su totalidad, en fin, a la naturaleza de la experiencia jurídica junto a la moral, la política, la economía, etc.) y al concepto de justicia y a las relaciones entre la Justicia y el Derecho¹⁰. La Filosofía del Derecho de los juristas, en cambio, no parte de una concepción del mundo preconcebida, sino que se origina, más bien, en problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica. Lo que la caracteriza es el empleo de un método de trabajo que confiere primacía al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción –asevera Bobbio– de que, «aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se reprocha con frecuencia a los juristas-filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos-juristas)»¹¹.

Sin duda inspirado en razones similares a la que llevan a Bobbio a mostrar su predilección por la Filosofía del Derecho de los juristas frente a la de los filósofos, Guastini defiende la tesis de que «la Filosofía del Derecho de los juristas no es otra cosa que la Teoría del Derecho»¹². Y, por Filosofía del Derecho de los juristas, Guastini entiende una teoría filosófica ligada a la idea de Filosofía característica del empirismo y, en particular, la Filosofía analítica contemporánea.

Mas ¿del análisis de qué lenguaje se encargaría la Filosofía del Derecho? No del lenguaje del legislador, ya que éste es, precisamente, el objeto de la dogmática jurídica, que es una disciplina científica. El objeto

¹⁰ GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», cit., pp. 17 y 18.

¹¹ BOBBIO, N., «Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho», cit., p. 96.

¹² GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», cit., p. 17.

de la Filosofía del Derecho de los juristas, de la Teoría del Derecho, es otro lenguaje, a saber, el lenguaje de los que hacen ciencia del Derecho. Esto la convierte, como adelantamos, en una metajurisprudencia o metaciencia jurídica. Si el trabajo de los juristas teóricos es una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo, el de los teóricos es una *reflexión crítica* acerca del discurso de los juristas. Desde este punto de vista –concluye Guastini– «la teoría de la ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, se identifica completamente con ella» ¹³.

La metajurisprudencia ofrece, no obstante, diferentes estilos o tendencias. Puede ser, en primer lugar, en una *metajurisprudencia analítica*, una crítica del lenguaje, un análisis de las entidades lingüísticas que conforman el Derecho, una labor que realizaría una función ordenadora y clarificadora del significado de estos enunciados lingüísticos. Este sería el modelo de Filosofía del Derecho (de los juristas o Teoría del Derecho) propugnado por Ross. A su juicio, la Filosofía del Derecho «dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia jurídica, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados». Como este análisis lógico se desarrolla también a menudo dentro de las diferentes dogmáticas, «los límites entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho no son rígidos». El criterio determinante para establecerlos debe buscarse en los logros obtenidos por la ciencia jurídica. Ross considera que, cuanto más se haya desarrollado en las diferentes dogmáticas el análisis y la elaboración de sus respectivos conceptos jurídicos, menor será el dominio, el margen de actuación atribuible a la filosofía jurídica ¹⁴.

Guastini atribuye a esta metajurisprudencia analítica una dimensión constructiva, ya que quienes elaboran y analizan los conceptos jurídicos pueden intervenir directamente en las controversias de los juristas, proponiendo, por ejemplo, redefiniciones de los conceptos definidos destinadas, inevitablemente, a incidir sobre la interpretación de los documentos normativos ¹⁵.

Un segundo estilo sería la *metajurisprudencia descriptiva* elaborada desde un punto de vista externo a la práctica jurídica, señalando los ele-

¹³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, pp. 25 y 26.

¹⁵ GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», cit., pp. 27 y 28.

mentos ideológicos e implicaciones políticas presentes en alguno de sus desarrollos y que, a juicio de Guastini, desemboca en una historiografía y/o sociología de la ciencia jurídica. Esta debe ser diferenciada de la *metajurisprudencia descriptiva* por la que aboga Prieto Sanchís, que vendría a caracterizarse por su capacidad para, sin abandonar del todo el punto de vista interno, situarse críticamente frente al lenguaje de la ciencia jurídica hasta desplegar «una función desenmascaradora de algunos mitos persistentes que han dominado la interpretación jurídica, tanto científica como operativa»¹⁶. En sintonía con los propósitos desmitificadores del positivismo normativista de Kelsen y Hart¹⁷, Prieto considera que la mejor contribución que la Filosofía del Derecho puede llevar a cabo consiste en hacer visibles los momentos de discrecionalidad y creatividad presentes en la interpretación jurídica, de forma que el jurista se enfrente a su propia responsabilidad como sujeto que participa en el desarrollo del Derecho. Éste, que puede actuar en función de ideologías, intereses y valores, no puede hacerlo nunca bajo un puro arbitrio subjetivo, sino que tiene que justificar racional y razonablemente sus decisiones interpretativas.

4. TEORÍA DEL DERECHO DEL OBSERVADOR Y TEORÍA DEL DERECHO DEL PARTICIPANTE

Guastini alude a la Teoría del Derecho como una reflexión crítica del discurso de los juristas que no tiene únicamente la finalidad de describir lo que éstos hacen, sino también una vocación constructiva con vistas a incidir en la interpretación jurídica hasta el punto de, «como el burgués gentilhomme hacer prosa (dogmática) sin saberlo»¹⁸. Con esta forma de entenderla, Guastini apunta a una de las más importantes polémicas –si no la principal– sobre el contenido o modo de concebir actualmente la Teoría del Derecho: la de si es preferible una Teoría del Derecho que asuma el punto de vista del observador o, por el contrario, una que asuma el del participante.

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 599.

¹⁷ Vid. HART, H. L. A., «The Demystification of Law» en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, pp. 21-39.

¹⁸ GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», cit., p. 28

Aunque no llegue a coincidir del todo ¹⁹, la distinción entre participantes y observadores se corresponde, sustancialmente, con la distinción entre punto de vista externo e interno de Hart.

Uno de los pocos puntos de acuerdo que parece existir en la práctica totalidad de la Filosofía del Derecho contemporánea se cifra en la conveniencia de abandonar definitivamente el positivismo formalista kelseniano, un tipo de estudio y comprensión del fenómeno jurídico entendido como una realidad completamente independiente de la política, la sociedad o la ética que no parece haber terminado satisfaciendo ni sirviendo a nadie: ni a los juristas, ni a los ciudadanos, ni, en general, a cualquiera que tenga alguna clase de interés cognoscitivo y práctico hacia el Derecho. Ni siquiera los más dispuestos a seguir explorando la perspectiva formalista impulsada por Kelsen y la jurisprudencia analítica, consideran aceptable una Teoría del Derecho ensimismada en un análisis desvinculado del resto de las ciencias sociales y los valores jurídicos. Hace unos años que Soper señalaba cómo la teoría jurídica había llegado a una situación de *impasse*, a un punto muerto, indicando con ello que el rumbo seguido por las comprensiones del Derecho desplegadas por la jurisprudencia analítica y la Teoría General del Derecho había terminado provocando una creciente divergencia entre el fenómeno que analiza y la experiencia de tanto los observadores como los ciudadanos ordinarios y los participantes en el sistema jurídico ²⁰. A juicio de sus críticos, el problema de la Teoría del Derecho objetiva y neutral, capaz de describir cuáles son las normas de un ordenamiento jurídico y lograr una disección de lo jurídico y su presentación ordenada se encontraría en su «irrelevancia práctica» resultado de un conceptualismo estéril ²¹.

Empero, el debate en el pensamiento jurídico contemporáneo no gira sólo en torno a la necesidad de conectar el estudio del Derecho con las

¹⁹ La distinción entre el punto de vista externo e interno ha sido criticada, entre otros, por MacCormick, Nino y Alexy al considerar que no se corresponde estricta y exactamente con la que diferencia entre observadores y participantes. Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Derecho y punto de vista moral», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 573 y 574. MacCORMICK, N., «On the “internal aspect” of norms», en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 288-292; NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión crítica de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss; ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Mañé, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 32.

²⁰ SOPER, P., *Una Teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 13-21.

²¹ CALSAMIGLIA, A., «Teoría del participante *versus* Teoría General del Derecho: una aproximación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 485-494.

ciencias sociales y el resto de territorios de la razón práctica sino, principalmente, sobre el modo en que debe producirse esta ruptura de la insularidad o autorreferencialidad del Derecho y de la teoría jurídica. Y, llegados a este punto, no conviene engañarse. Seguramente por el radicalismo de sus conclusiones, no parece que hayan sido precisamente las teorías críticas del Derecho (marxismo jurídico, «uso alternativo del Derecho» o, más recientemente, *Critical Legal Studies*) las que hayan propiciado este abandono de la perspectiva casi exclusivamente estructural de Kelsen, Hart o Ross. Los detonantes de que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo parezca batirse en retirada parece haber sido, más bien, la visión instrumental del Derecho respecto a fines sociales, políticos, etc., promovida por el *Análisis Económico del Derecho* y, fundamentalmente, el rechazo de la conocida como la tesis de la discrecionalidad acometido por autores como Dworkin, Alexy o MacCormick. Esto significa que la superación del formalismo y ensimismamiento kelseniano estaría siendo liderada por una Teoría del Derecho elaborada desde el conocido como el punto de vista del participante.

Los postpositivistas no se plantean cómo es el Derecho, no emplean sus energías en describir su estructura, sino que sugieren que el problema importante es cómo debe decidir un participante²². Así, lo que preocupa a Dworkin es cómo razonan o discuten los usuarios sobre derechos y obligaciones jurídicas y, de manera especial, cómo deciden los jueces los casos concretos²³. La vocación exclusivamente cognoscitiva y descriptiva del Derecho percibido como un producto acabado provoca que su aparato conceptual no resulte funcional para resolver las preguntas y facilitar las herramientas que precisa el participante. De ahí la necesidad de una teoría que ofrezca una mejor comprensión del Derecho y sirva para tomar decisiones jurídicas, que permita analizar, decidir y justificar, que ofrezca razones a los operadores jurídicos para la acción. El problema al que pretende responder la Teoría del Derecho del participante no es ¿qué es el Derecho?, sino ¿qué debo hacer jurídicamente? y ¿qué razones tengo para obedecer al Derecho?²⁴. Este cambio en las preocupaciones de la Teoría del Derecho obliga a un giro metodológico de

²² CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F., *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, XI, Trotta, Madrid, 1996, p. 23.

²³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72; DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, p. 2.

²⁴ SOPER, P., *Una Teoría del Derecho*, cit., p. 72.

gran trascendencia para el pensamiento jurídico que, de acuerdo con el esquema desarrollado por Calsamiglia, conduciría a los siguientes hallazgos:

1) El Derecho no es un producto del todo acabado sino, en muchos casos, una realidad que también construyen los participantes. Éstos lo hacen, tal y como afirma Dworkin, «interpretativamente». Esta participación interpretativa se hace especialmente palpable e intensa cuanto más indeterminado y controvertido es el Derecho. El positivismo no tiene respuestas ante conceptos especial y esencialmente controvertidos como los de justicia, igualdad, libertad, etc. Porque el problema no es identificar si la igualdad es un principio constitucional sino qué concepción de la igualdad es relevante en el caso y por qué, y éste es un interrogante que sólo puede ser respondido por los participantes que traspasan las fronteras del Derecho formalmente estatuido y se adentran en el campo de la filosofía política y moral²⁵. El Derecho es una realidad inacabada y controvertida, hasta el extremo de que, como defiende Dworkin con su polémica tesis del «aguijón semántico», no se puede considerar que los criterios de validez jurídica estén totalmente cerrados ni que sean completamente incontrovertidos. Al contrario, éstos son objeto de debates en la práctica jurídica y forman parte, por tanto, del razonamiento jurídico²⁶.

El abandono de la imagen del Derecho como algo acabado y preparado para usar en favor de otra que exige una actitud creativa por parte del usuario o participante, provoca que la distancia entre el sujeto cognoscente y el objeto de estudio se difumine, ya que el sujeto puede modificar el objeto y forma parte del objeto²⁷. El resultado es, como pone de manifiesto Gascón Abellán, el resquebrajamiento de las tradicionales fronteras entre el Derecho y la dogmática jurídica, entre teoría de la ciencia y Teoría del Derecho²⁸, y, lo que resulta aún más decisivo, una apertura de las condicio-

²⁵ Como señala Aarnio, el ejemplo de la igualdad pondría de manifiesto la existencia de normas jurídicas que no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad sino que reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 26 y 27. Usando la terminología de Dworkin, podría decirse que las normas jurídicas enuncian en algunos supuestos solamente *conceptos* abstractos y vagos, pero no una *concepción* concreta de los mismos que, desde esta perspectiva, no vendría dada por las normas jurídicas sino por normas sociales. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., capítulo V, pp. 214 y ss.

²⁶ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., pp. 15-30.

²⁷ CALSAMIGLIA, A., «Teoría del participante *versus* Teoría General del Derecho», cit., p. 495.

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la Filosofía del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 204.

nes de la validez jurídica hasta abarcar no sólo las normas con pedigrí sino también todas las consideraciones basadas en argumentos morales de las que se sirven los operadores jurídicos a la hora de resolver los casos. Como sostiene Alexy, para un participante el sistema jurídico no es sólo un sistema de normas en el sentido de resultados sino también de procedimientos y, desde el punto de vista del participante, *las razones que toma en cuenta en el procedimiento de decisión y fundamentación pertenecen al procedimiento y, por lo tanto, también al sistema*²⁹.

2) Las teorías del participante consideran que el conocimiento del Derecho, su comprensión, exige ser participante en una comunidad jurídica. Para comprender el Derecho, no basta con analizar los significados de las normas sino que también es necesario atender a determinados contextos de ideales y tradiciones. De ahí que, al objeto de desarrollar una Teoría del Derecho del participante que resuelva la cuestión «qué debo hacer jurídicamente», sea necesario renunciar a la teoría general y conectar con un Derecho positivo determinado. La teoría del participante es, por tanto, una teoría *local*, en lugar de universal³⁰. Como declara Dworkin, las teorías interpretativas del Derecho están dirigidas, por su propia naturaleza, a una cultura jurídica particular, por lo general, a la cultura jurídica a la que pertenece su autor³¹.

3) Las teorías del participante asumen como presupuesto que la comprensión, mejora y crítica de las normas jurídicas exige un compromiso con la racionalidad del objeto del que se ocupan. La teoría del participante se aparta, de esta forma, del positivismo metodológico, ya que considera que el jurista debe acercarse al Derecho considerándolo no como un hecho, de un modo aséptico, sino enfocándolo desde la mejor perspectiva posible, desde la perspectiva que ofrezca mayor racionalidad y mejores respuestas a los problemas que se presentan. Empero, las teorías del participante no se limitan a constatar que ciertos usuarios del Derecho asumen esta perspectiva sino que ella misma termina comprometiéndose con la mejora del sistema jurídico. Como señala Dworkin, mientras que el juez debe tratar de encontrar la *única respuesta correcta*, el teórico debe desarrollar la *mejor teoría posible de la práctica social*³². La Teoría del Derecho se inserta así

²⁹ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 77 (cursiva añadida).

³⁰ CALSAMIGLIA, A., «Teoría del participante *versus* Teoría General del Derecho», cit., p. 500.

³¹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 103.

³² *Ibid.*, pp. 79 y 271 ss.

en la práctica normativa en que consiste el propio Derecho, no observa sino que construye el Derecho, lo que provoca que la Teoría del Derecho y la práctica jurídica terminen confundándose³³.

Este compromiso con el Derecho y su racionalidad puede ser visto como una exigencia del Estado de Derecho, del *rule of law*. Como escribe Paul Kahn, la ambición del Estado de Derecho en un gobierno democrático es hacer coincidir la voluntad (el consentimiento popular) y la razón. Este objetivo provoca que el teórico del Derecho esté comprometido en hacer que el Derecho funcione, en el mejoramiento del sistema jurídico del que forma parte³⁴. Entendido como una idea regulativa de la práctica jurídica y no tanto institucionalmente, el Estado de Derecho propugnaría el sometimiento del poder no sólo al Derecho formalmente estatuido sino también a una razón práctica *amplio sensu*. Este dato resulta, a mi juicio, imprescindible para explicar dos temas fundamentales de la Teoría del Derecho contemporánea.

El primero es la apuesta por una teoría de la legislación que asuma que la producción de las leyes, además de basarse en la voluntad (por muy legítimamente democrática que ésta sea), también lo haga en la razón, de manera que la del legislador sea una *voluntas ratio animata*³⁵. Ello podría conducir, incluso, a defender que la producción de las leyes tenga un cierto cariz interpretativo del Derecho vigente, que sobre el legislador pese, aunque en menor medida que el juez, un cierto deber de coherencia con el pasado³⁶.

³³ Como escribe Dworkin «no existe ninguna línea divisoria entre la *jurisprudence* y la adjudicación o cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Los filósofos del derecho debaten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que cualquier argumento debe tener. Podemos dar la vuelta a la moneda. Cualquier argumento jurídico práctico, no importa lo detallado y limitado que sea, asume el tipo de fundamento abstracto que proporciona la *jurisprudence* [...] Por tanto, cualquier opinión judicial es en sí misma un fragmento de filosofía jurídica». *Ibid.*, p. 90.

³⁴ KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 17-20. La tensión entre voluntad y razón en el Estado de Derecho ya había sido puesta de manifiesto por NEUMANN, F., *The Rule of Law*, Lernintong, Berg, 1986, cap I.

³⁵ Sobre la ley como *voluntas ratio animata* en la cultura jurídica y política de la Ilustración vid. ZAPATERO, V., «El Club de los Nomófilos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril, 1998, pp. 61-94.

³⁶ LIFANTE, I., *La interpretación jurídica en la teoría jurídica contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 37. Esta idea ya fue anticipada por Bentham, cuando exigía que las leyes fueran consiguientes entre sí. BENTHAM, J., *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 149 y 150. Creo, en cualquier caso, que esta opinión es minoritaria, siendo la más extendida la que considera que el legislador no tiene un deber jurídico de coherencia con el pasado. Vid. AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes y el ordenamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 122.

Ahora bien, la racionalización de la actividad legislativa puede entenderse de diversas maneras. El aspecto clave, en opinión de García Amado, gira en torno a cómo hemos de entender la relación entre razón práctica y legislación. Una teoría de la legislación compatible con el escepticismo en materia de razón práctica tendría un carácter normativo-instrumental: establecería reglas para la optimización de medios y la maximización de fines, mas no acerca de los valores y fines que pueden guiar a la legislación racional y servir de límite al contenido de las normas. Para esta teoría, la determinación del contenido de la ley es una cuestión política que, eso sí, puede estar auxiliada por la ciencia (lingüística, sociología, lógica, psicología, economía, etc.). Frente a este modelo, García Amado y Zapatero apuestan por una teoría normativa o prescriptiva de la legislación, esto es, por una teoría capaz de discernir de algún modo la racionalidad práctica de las normas legales y que, por tanto, encuentra sentido a la prescripción de reglas de legislar que tienen que ver con el establecimiento de fines o la adopción de valores³⁷.

La apertura de la racionalidad jurídica al discurso práctico general se hace también necesaria en la resolución de los casos por parte de los operadores jurídicos y, de un modo especial, los órganos jurisdiccionales. Hace años que viene certificándose el agotamiento de la concepción cognoscitiva de la aplicación del Derecho impulsada por el positivismo decimonónico. Hoy nadie cuestiona que en la actividad judicial hay espacios de discrecionalidad que impiden seguir aferrándose al «noble sueño» de un Derecho legal perfecto y una aplicación judicial de éste puramente deductiva. Empero, si la Teoría del Derecho del participante se quedara aquí, no se diferenciaría en nada del positivismo normativista cuya alternativa a la concepción cognoscitivista de la interpretación fue, como sabemos, la certificación sin más de la discrecionalidad. Ciertamente, al operador que le corresponde decidir le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones y ninguna de las opciones que adopte será un resultado necesario cuya *verdad* pueda probarse con argumentos demostrativos. Pero eso no significa que la razón jurídica no tenga ya nada que decir sobre el modo en que deben adoptarse tales decisiones. Creo, por ello, que debe valorarse positivamente el empeño mostrado por las teorías de la argumentación por

³⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Razón práctica y Teoría de la Legislación», en *Derechos y Libertades*, 9, 2000, pp. 310 y 311; ZAPATERO, V., «El Club de los Nomófilos», cit., pp. 84 y ss.

someter a pautas de racionalidad el proceso de interpretación y resolución de los casos en los espacios de discrecionalidad, procurando que el mismo no transcurra por los caminos del subjetivismo más o menos arbitrario³⁸.

4) Como acabamos de comprobar, adoptar la perspectiva del participante comprometido con el Derecho y que precisa de respuestas a lo que debe hacer jurídicamente, hace imposible seguir elaborando una teoría jurídica de espaldas a la ética y la política. Para los aceptantes, no tiene sentido distinguir entre el Derecho que es y el que debe ser. Con independencia de que ello suponga rechazar o no la separación conceptual entre el Derecho y la moral, el abandono del escepticismo ético característico de muchos positivistas parece ineludible con vistas a reconstruir ciertos aspectos fundamentales de nuestras prácticas sociales; en particular, de las prácticas jurídicas propias de los Estados constitucionales contemporáneos³⁹.

Uno de los principales focos de debate de la Teoría del Derecho contemporánea se centra, precisamente, en el modo en que debe interpretarse esta continuidad entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general exigida por las necesidades prácticas del participante. En primer lugar, la adopción del punto de vista interno conduce a defender que, a diferencia del observador (para el que la separación entre el Derecho y la Moral es sustancialmente correcta), para el participante el Derecho sea un sistema de normas que conlleva una pretensión de obediencia que también implicaría una pretensión de corrección⁴⁰. Quienes basan en este tipo de pretensión una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral son objeto de una crítica muy similar a la que dirigiera Hart contra la pretendida justicia de un Derecho que satisficiera las exigencias de la moral interna de Fuller: que, desgraciadamente, esa pretensión no es incompatible con una gran iniquidad⁴¹.

³⁸ Sobre este aspecto *vid.* ARCOS RAMÍREZ, F., «La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho: de la previsibilidad a la argumentación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 2002, pp. 191-217, en especial, pp. 208 y ss.

³⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. M., *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. XII.

⁴⁰ SOPER, P., *Una Teoría del Derecho*, cit., p. 93; GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 11. LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre el Derecho, la Justicia y la responsabilidad política*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 111 y 112.

⁴¹ ATIENZA, M., *La razones del derecho. Las teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 223.

En segundo lugar, autores como Alexy y Dworkin estiman que la moral conecta conceptualmente con el Derecho a través de los principios, especialmente de los constitucionales. Dicha conexión puede ser vista desde dos perspectivas diferentes⁴². La primera es la representada por Dworkin, que parece indicar que los principios morales son también jurídicos en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado⁴³. La segunda consiste en mantener que la utilización de los principios por parte de los operadores jurídicos propicia el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica. En este segundo supuesto, los principios no encarnan necesariamente valores morales correctos sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral. Como señala Alexy, desde el punto de vista del participante, la incorporación al Derecho de principios supone que el juez tiene que llevar a cabo una ponderación, lo que implica un tipo de argumentación basada en consideraciones morales⁴⁴.

Ahora bien, la constatación de estas circunstancias en las que para responder jurídicamente hay que valerse de la ética, no supone, necesariamente, rechazar la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Porque —este es el aspecto clave— la defensa de esa conexión conceptual a través de los principios se hace posible en virtud de un concepto muy cuestionable de validez jurídica: el que confunde pertenencia y aplicabilidad. Aquellos argumentos aplicables a un razonamiento son considerados válidos, es decir, parte del Derecho. La confusión proviene del punto de vista interno extremo que adoptan Dworkin y Alexy que, siguiendo la perspectiva del juez, considera como jurídicas normas que sólo lo son desde el punto de vista interno que adopta el operador jurídico que tiende a confundir Derecho y moral social⁴⁵. Las teorías del participante terminan identificando la Teoría del Derecho con la teoría de la adjudicación hasta el extremo señalado por Raz de sostener que todas las consideraciones, ejecutivas y deliberativas, que los tribunales emplean legítimamente constituyen consideraciones

⁴² PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito del Derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky)», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, pp. 147-149.

⁴³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 94.

⁴⁴ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 76.

⁴⁵ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 201-203.

jurídicas⁴⁶. Del mismo modo que de la validez jurídica de una norma sólo se sigue que forma parte del sistema jurídico y no que genera compromisos morales⁴⁷, del hecho de que ciertos estándares morales sean utilizables en la argumentación jurídica sólo se desprende que son aplicables, no que, por razón de esa aplicabilidad, sean normas válidas en un sistema jurídico. Esto es, del hecho de que entre esa moralidad y el Derecho exista una conexión interpretativa y justificativa, no cabe inferir que también exista una vinculación conceptual.

5) Finalmente, una Teoría del Derecho elaborada desde la perspectiva del participante parece mucho mejor posicionada para ofrecer razones que justifiquen obedecer las normas jurídicas, lo cual no resulta nada extraño a la vista de la explicación que estos autores ofrecen del que –seguramente– ha representado el centro de las principales polémicas de la teoría jurídica de las últimas décadas: el problema de la normatividad del Derecho. Como es sabido, la cuestión que mayores controversias ha suscitado es la relativa a si la obligación jurídica no descansa, en último término, en razones morales, si el punto de vista interno característico de todo tipo de normatividad, incluida la jurídica, no conlleva una aceptación moral de las obligaciones. De las palabras de Hart parece deducirse que esta aceptación no consistiría ni en la mera obediencia a las normas, ni en su aprobación ético-política, sino en algo intermedio. Aceptar una norma equivaldría a adoptar respecto a ella una actitud interna, es decir, una actitud reflexiva en relación con el modelo de conducta que la norma contiene, mas no una adhesión valorativa hacia las mismas. Sería el mismo tipo de aceptación que adopta, por ejemplo, el jugador respecto a las reglas del ajedrez. En definitiva, a su juicio, el punto de vista interno no tiene por qué ser un punto de vista moral⁴⁸.

Ciertamente, hay quienes estiman que la concepción hartiana del punto de vista interno frente a las reglas habría ido demasiado lejos, ya que cabe la posibilidad de que los funcionarios fingieran actuar como si lo

⁴⁶ RAZ, J., «La cuestión de la naturaleza del derecho», en *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melón, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 220. Según Raz, el *Law's Empire* no sólo no contiene una explicación del Derecho en general, sino tampoco del Derecho norteamericano en particular. Lo que verdaderamente contiene es una argumentación sobre el modo en que los tribunales, en especial los tribunales británicos y norteamericanos, deben decidir los casos. RAZ, J., «Two views of the Nature of the Theory of Law», en *Legal Theory*, 4, 1998, p. 282.

⁴⁷ Vid. NAVARRO, P. E., «Tensiones conceptuales del positivismo», en *Doxa*, 24, 2001, pp. 133-163.

⁴⁸ HART, H. L. A., «Proscript» en *The Concept of Law*, 2.ª edición, Oxford, 1994, pp. 268-272. Vid., en un mismo sentido RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 170.

adoptaran o que acepten tanto las leyes como la propia regla de reconocimiento por mero hábito, tradición o aburrimiento⁴⁹. Empero, la mayoría de los anti o postpositivistas acusan a Hart de no reconocer que la adopción del punto de vista interno conlleva una actitud crítica y reflexiva mal avenida con la inercia o el autointerés. No existe, por tanto, un *tertium genus* entre la imposición de la fuerza y la justificación moral. Ciertamente, en el plano de la práctica jurídica, el fundamento de un enunciado normativo en el que se afirma que una persona tiene la obligación de realizar una conducta o en el que un juez justifica su decisión, esto es, el enunciado de quien adopta un punto de vista interno, se encuentra en una norma jurídica válida. Como señala Nino, es posible que los ciudadanos y, sobre todo, los jueces, acepten algunas de estas normas por el hecho de haber sido prescritas por legisladores a los que se considera legitimados para ello en virtud de otras normas. Empero, esto nos conduce, en último término, al problema evidenciado por Kelsen de la presencia de una primera norma cuya fuerza obligatoria no podría descansar en la validez que le proporciona otra norma jurídica. Si Kelsen intenta huir de este dilema situando el fundamento del deber jurídico en una ficción –la *Grundnorm*– que no es sino un imposible necesario para ver al Derecho como Derecho y no como otra cosa⁵⁰, Hart considera que basta con apelar a la práctica social efectiva que sostenga la regla de reconocimiento. Pero Hart no puede explicar cómo es posible pasar lógicamente de una cierta práctica social efectiva a una norma obligatoria sin partir de un juicio normativo previo. Por tanto, si no queremos quedar atrapados en un razonamiento circular, basarnos en una ficción o incurrir en la falacia naturalista, concluyendo la cadena de justificación en un hecho, el fundamento de dicha justificación habrá de ser una norma que valga por sus propios méritos, una razón intersubjetivamente justificada, lo que quiere decir que ha de ser una razón moral⁵¹. Esto es, mientras la observancia de la regla de

⁴⁹ SARTORIUS, R., «Positivism and the foundations of Legal System», en GAVISSON (ed), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, 1989, pp. 51-52. Para una crítica de esta tesis vid. RUIZ MIGUEL, A., «Derecho y punto de vista moral», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 577.

⁵⁰ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 38 y 39.

⁵¹ DELGADO PINTO, J., «Normatividad del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F., *El Derecho y la Justicia*, cit., pp. 436-438. BAYÓN MOHINO, J. C., «Deber jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F., *El Derecho y la Justicia*, cit., pp. 313-321, en especial pp. 327-329.



reconocimiento no implica una justificación moral, la justificación de la propia regla de reconocimiento sólo puede basarse en razones morales⁵².

Como ha podido apreciarse, la teoría del participante se presenta como una superación del discurso totalmente neutral y descriptivo de la Teoría General del Derecho y de una metajurisprudencia estrictamente analítica. El antidescriptivismo de la teoría del participante responde a la necesidad de construir, valiéndose de una razón práctica *amplio sensu*, soluciones para los usuarios y los operadores jurídicos que han de decidir jurídicamente. Empero, conviene no identificar la teoría normativa del Derecho con la teoría del participante, ya que son posibles otros estilos de Teoría del Derecho normativa. Me refiero, fundamentalmente, al modelo de Teoría del Derecho que propugna Ferrajoli. La defensa de un normativismo realista y crítico, esto es, de un normativismo capaz de dar cuenta de las divergencias entre la realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional, conduce al propulsor de la concepción garantista del Derecho a reivindicar una teoría jurídica no descriptiva sino normativa. A juicio de Ferrajoli, en el marco de los sistemas jurídicos basados en un constitucionalismo rígido, la constatación de que tanto la violación como la ausencia de garantías de los derechos fundamentales no son únicamente defectos del sistema jurídico sino antinomias y lagunas jurídicas, unido a la pretensión de coherencia lógica entre los principios constitucionales y los sistemas jurídicos que los han incorporado, abogan por una Teoría del Derecho con capacidad explicativa y reconstructiva de su propio objeto de indagación, una teoría que, al tomarse el Derecho en serio, asume la tarea de imponer al Derecho positivo y a sus operadores cómo deben ser eliminadas las primeras y colmadas las segundas⁵³. Si en las teorías del participante, era fundamentalmente la indeterminación del lenguaje jurídico el detonante de una teoría jurídica que propusiera soluciones interpretativas a los usuarios, en el modelo de Teoría del Derecho de Ferrajoli, es la divergencia entre el deber ser jurídico-constitucional y los mecanismos jurídicos secundarios lo que da sentido a una Teoría del Derecho no sólo descriptiva sino también prescriptiva.

⁵² ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «La regla de reconocimiento», cit., pp. 159 y 160.

⁵³ FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 191-197.

5. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO «ONTOLOGÍA JURÍDICA»

Algunos de los intentos más destacados de recuperar una Teoría del Derecho de corte filosófico han conducido a entenderla como ontología jurídica. La trascendencia respecto a la ciencia jurídica y la visión totalizadora del Derecho como realidad en conexión con la sociedad, el poder, la moral, etc., vendrían a ser los principales avales del carácter filosófico de este estilo de teoría jurídica. Esta identidad de la Teoría del Derecho ofrece, a mi modo de ver, dos grandes ventajas. En primer lugar, permite superar su identificación con la Teoría General del Derecho y, más en general, las teorías jurídicas de corte formal y estructural⁵⁴. En segundo lugar, al ofrecer una perspectiva más trascendente respecto al Derecho que la adoptada por la teoría del participante, permite corregir la excesiva identificación y compromiso del investigador con el objeto que estudia, posibilitando, de esta forma, una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico. Empero, la perspectiva ontológica también puede conducir a la elaboración de una teoría jurídica incapaz de alcanzar una definición o concepto del Derecho.

Entendida como Ontología Jurídica, la Teoría del Derecho aspira a ser un estudio del «ser del Derecho», una comprensión totalizadora del Derecho en el mundo, en la realidad humana y social. Para ello ha de ser una concepción trascendental y crítica de los datos jurídicos de carácter positivo (Derecho positivo) y empírico (Derecho eficaz), es decir, de los resultados de la Ciencia y la Sociología del Derecho⁵⁵. Dejando atrás los resabios metafísicos de esta expresión⁵⁶, la ontología jurídica sería una investigación relativa no al ser último y constitutivo del Derecho, sino a los modos más generales de entender el Derecho, esto es, a los *límites* de lo jurídico. Mientras la Teoría General del Derecho se refiere siempre a cuestiones internas que no cuestionan el marco dentro del cual operan, la Ontología o Teoría del Derecho se ocuparía de las cuestiones externas, es decir, de cuestiones que afectan y «cuestionan» el propio marco. Cuestiones característicamente

⁵⁴ Vid. VIEHWEG, T., «Sobre la relación entre la Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 22-24.

⁵⁵ DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1982, pp. 253 y 254.

⁵⁶ Para una concepción metafísica de la ontología jurídica. Vid. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 84.



ontológicas son, por ejemplo, el análisis de las relaciones entre el Derecho y la moral, el poder, la ideología, las relaciones sociales, el conflicto, etc.⁵⁷.

Una Teoría del Derecho así entendida tendría como cuestión fundamental la determinación de la noción del Derecho en general como fenómeno normativo inserto en la trama de las relaciones sociales. No se trataría, pues, solamente de un estudio del Derecho desde un punto de vista formal (teoría de la norma, teoría del ordenamiento, etc.), sino, además, de un tratamiento radical del ser del Derecho en sus interrelaciones globales con los demás factores reales actuantes en la sociedad con vistas a obtener una noción en la que queden reflejados los caracteres estructurales del Derecho, su delimitación respecto a otras realidades normativas próximas, su relación con aquellos factores que lo condicionan, como la religión, la economía, la política, o el poder, y las implicaciones ideológicas que todo ello conlleva.

Ahora bien, sería un error creer que este tipo de preocupaciones ontológicas no se encuentran también en las teorías jurídicas de corte normativista identificadas, y a veces también autoidentificadas, como obras de Teoría General del Derecho. Un punto de vista analítico sobre el lenguaje jurídico, desde el legislativo al judicial, no es ningún obstáculo insalvable para plantearse los problemas relativos al ser del Derecho⁵⁸. A veces se olvida que la teoría general también ha elaborado filosóficamente categorías fundamentales para la comprensión del fenómeno jurídico. Como señala Ferrajoli, el lenguaje de la teoría general, como todo lenguaje teórico, incluye términos no explícitamente definibles a partir de observaciones. Conceptos como «norma», «ordenamiento», «ilícito» o «validez» no son meras reformulaciones metalingüísticas de los enunciados normativos, sino que tienen el carácter de convenciones o estipulaciones elaboradas por el teórico en función de su idoneidad para explicar o sistematizar los fenómenos observados en sede dogmática y/o sociológica⁵⁹.

Pese a centrarse en la descripción de la estructura de los sistemas jurídicos, teorías generales o analíticas del Derecho, como las de Kelsen o Hart, no ignoran la dimensión social, moral y política del Derecho. Así, Kelsen tenía clara conciencia de que ésta era una técnica de organización social,

⁵⁷ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 369.

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del derecho», cit., p. 602.

⁵⁹ FERRAJOLI, L., «La semantica della Teoria del Diritto», en SCARPELLI, U., (ed.), *La Teoria Generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali (studi dedicati a N. Bobbio)*, Ed. Di Comunità, Milano, 1983, p. 111.

mientras que Hart presenta una concepción del sistema jurídico como la unión de normas de comportamiento y normas de organización que, además de poner de manifiesto la diferente estructura de las normas jurídicas, señala igualmente la diversidad de funciones que éstas desempeñan: guiar a los ciudadanos, proporcionar seguridad jurídica (regla de reconocimiento), resolver conflictos (normas de adjudicación), adaptar el Derecho a los cambios sociales (normas de cambio)⁶⁰. Además, el análisis formal o estructural del Derecho termina conduciendo a problemas cuyo planteamiento e intento de solución precisa de elaboraciones de incuestionable cariz filosófico: en Hart, el concepto de «Regla de reconocimiento» o su idea del contenido del Derecho natural; en Kelsen, la inspiración neokantiana de su concepción de las normas como un *sollen* y, sobre todo, la idea de la norma fundamental, una idea de indiscutible impronta filosófica; en Bobbio, la teoría de la institución o los análisis funcionales del Derecho. En definitiva, conceptos y problemáticas tan propios de la teoría estructural y analítica del Derecho como la validez jurídica, la noción de «naturaleza» de los conceptos e instituciones jurídicas, o la polémica filosófica sobre el Derecho como *sein* o como *sollen*, presentan una innegable dimensión ontológica⁶¹.

Entendida como ontología jurídica, la Teoría del Derecho ofrece una perspectiva trascendente respecto al Derecho que permite corregir la excesiva identificación y compromiso del investigador con su objeto de estudio a los que conducen las teorías de Dworkin y Alexy. Estas teorías asumen un punto de vista tan comprometido con el Derecho y, como consecuencia de ello, atribuyen tanto protagonismo al teórico en la mejora de la práctica jurídica, que, como señala Kahn, convierten a los estudiosos jurídicos en presos de su propio objeto. Este colapso de la distinción entre el sujeto que estudia el Derecho y la práctica jurídica que es el objeto de estudio, sería la debilidad central de la investigación jurídica contemporánea⁶². Kahn cree que «no podemos estudiar el derecho si estamos comprometidos con el Derecho. No podemos asumir el Derecho como un objeto de estudio si las herramientas conceptuales con las que llevamos a cabo la investigación no son más que la autorreproducción de la práctica»⁶³. Frente a ello, el

⁶⁰ ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 146.

⁶¹ GARCÍA AMADO, J. A., «La Filosofía del Derecho y sus temas...», cit., pp. 2 y 3.

⁶² KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, cit., p. 16. *Vid.* en un mismo sentido, BROE-KMAN, J. M., *Derecho y antropología*, Civitas, Madrid, 1993, p. 18.

⁶³ KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, cit., p. 42.



giro teórico que propone Kahn pasa por adoptar una actitud más escéptica frente al Derecho, por poner entre paréntesis cualquier pretensión de verdad (podíamos añadir, también, de corrección), por no juzgar, al objeto de su investigación, ni ofrecer reformas, sino «abordar cada proposición ofrecida por sus informantes con otra pregunta»⁶⁴.

Resultando inviable o inaceptable una de carácter metafísico, parece que a la ontología jurídica no le queda más alternativa que intentar perfilar una imagen del Derecho a partir de datos de carácter empírico, a partir de los conocimientos proporcionados por la Teoría General del Derecho, la sociología jurídica, la Historia del Derecho, la lógica jurídica, la antropología jurídica, la psicología jurídica, la semiótica jurídica, el análisis económico del Derecho, etc. A la Teoría del Derecho cabría encomendar, de esta forma, la misión de coordinar y sistematizar en base interdisciplinar todas estas aportaciones al objeto de proporcionar una visión amplia del Derecho⁶⁵.

Creo que, al margen de las motivaciones políticas y de los prejuicios que le hayan podido animar, esta apertura de la teoría jurídica ha sido la mayor preocupación, el verdadero signo de identidad y, a la postre, también lo más aprovechable de la teoría marxista del Derecho y, más en general, de las teorías críticas del Derecho. Éstas siempre han abogado por un análisis externo del Derecho y de los conceptos y categorías jurídicas, señalando la conveniencia de una teoría o ciencia general del Derecho, no en un sentido formalista y analítico, sino como un conocimiento de lo jurídico como fenómeno no sólo normativo sino también, y sobre todo, social, político y económico, que precisa del auxilio de las ciencias sociales⁶⁶.

La antropología cultural promovida por Kahn también se basa en el trabajo de la filosofía, la psicología, la antropología y la historia para ser un análisis cultural del Derecho, un *pensar el derecho como cultura* (Broekman), que buscaría explicar la práctica social que éste representa a partir de los significados que tiene para los individuos participantes. Para lograrlo, hay que tener la capacidad para situarse simultáneamente en el interior de

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 50 y 51.

⁶⁵ VAN HOECKE, M; OST, F., «Epistemological perspectives in Legal Theory», en *Ratio Juris*, 6, 1993, p. 34.

⁶⁶ Vid. PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Teorías críticas del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, XI, Trotta, Madrid, 1996, pp. 87-104.

la práctica para entenderla, retirando luego cualquier compromiso con ella mientras desarrollamos la investigación.

Seguramente, uno de los resultados más interesantes de este enfoque o modo de aproximación al Derecho sea la que podríamos denominar la tesis del carácter *constitutivo* del Derecho. Con ella hacemos referencia a que el Derecho puede ser considerado una pieza clave en la creación y reproducción de una cierta forma de entender la individualidad, las relaciones sociales y políticas, el tiempo y el espacio, etc. En este sentido, el Derecho no sólo regula de manera más o menos eficaz conductas sociales a la luz de ciertos fines o valores, sino que también construye un *mundo jurídico*⁶⁷, esto es, organiza la sociedad bajo un conjunto de creencias que son constitutivas de la identidad de la comunidad y sus miembros individuales⁶⁸. El Derecho aparece como «un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo y el espacio, la autoridad y la representación (...) no es solamente un conjunto de acciones prescritas. Principalmente, es la forma de comprender el yo y a los otros lo que hace significativas esas acciones»⁶⁹. De esta forma, la interpretación crítica de estos significados y creencias se convierte en un paso obligado para conocer cómo nos consideramos a nosotros mismos y a los demás, para profundizar en la comprensión de la sociedad y la manera en que las personas se entienden a sí mismas, en definitiva, para saber qué es lo que el Derecho hace de nosotros. El objetivo aquí es comprender lo que ya somos⁷⁰. De ahí que Raz escriba que una importante tarea de la Teoría del Derecho sea profundizar en la comprensión de la sociedad, el ayudarnos a comprender la manera en que las personas se entienden a sí mismas⁷¹.

El reconocimiento de este papel constitutivo del Derecho tampoco ha pasado desapercibido para otros muchos sectores del pensamiento jurídico, de manera especial, para las conocidas como teorías críticas del Derecho. Así, el pensamiento crítico norteamericano, por boca de Klare, Tushnet,

⁶⁷ Sobre el Derecho como constructor o instaurador de una realidad, *vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.

⁶⁸ KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, cit., p. 15.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 52-54. Aunque esta tesis de Kahn parece referirse únicamente al Derecho propio de un Estado basado en el *rule of law*, no veo inconvenientes en extenderla, al menos en su núcleo central, a cualquier sistema jurídico. Sobre el *rule of law* entendido como un modo de asociación, *Vid.* OAKESHOTT, M.: «The Rule of Law», en *On History and other essays*, Oxford, 1983, pp. 119-165.

⁷⁰ KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, cit., pp. 10 y 15.

⁷¹ RAZ, J., «Autoridad, derecho y moral», en *La ética en el ámbito público*, cit., p. 256.

Hunt y, fundamentalmente, Gordon, ha insistido en la imposibilidad de describir cualquier conjunto de relaciones sociales, tanto públicas como privadas, sin atender a sus aspectos jurídicos⁷². Igualmente, en la crítica jurídica iberoamericana, Cárcova defiende una imagen del Derecho como una práctica social de naturaleza discursiva, como una producción social de sentidos no sólo mediante la producción-aplicación de normas, sino también de conocimientos, interpretaciones, símbolos y creencias⁷³. Y, como acabamos de mencionar, más recientemente Raz ha hecho referencia a la dimensión socio-constitutiva no tanto del Derecho como del concepto de Derecho. A su juicio, éste tiene un papel fundamental en el modo en que las personas comunes, tanto como los juristas, entienden sus propias acciones y las de otras personas. Forma parte de la manera en que conceptúan la realidad social⁷⁴.

Este poder o función constitutiva puede proporcionar una buena referencia al objeto de examinar el papel atribuido al orden jurídico como vertebrador de un nuevo modelo de ciudadanía en las sociedades multiétnicas y multiculturales. El aumento de la inmigración, unido muchas veces a la existencia de minorías nacionales, hace cada vez más difícil y cuestionable basar la ciudadanía en una etnia, nacionalidad e incluso cultura común. De ahí el interés que ha despertado en gran parte de Europa la versión neorrepblicana del patriotismo que encarna el *Verfassungspatriotismus* de Habermas, un patriotismo basado en la lealtad a los principios políticos de la libertad y la democracia contenidos en la Constitución. No en vano, de las sociedades europeas de comienzos del siglo XXI podría afirmarse algo muy parecido a lo que señala Kahn respecto a los Estados Unidos: que, en ellas, ser ciudadano es creer en un orden jurídico y escoger ser parte de él; sin una herencia étnica, racial o religiosa común, la identidad y la ciudadanía es particularmente dependiente de la idea de Derecho⁷⁵.

La teoría jurídica que permite elaborar el análisis cultural del Derecho profundiza en temas tan característicamente ontológicos como el análisis de las relaciones del Derecho con la moral, el poder, la fuerza, etc. Empero, lo más característico de ella es la utilización de parámetros como el tiempo

⁷² GORDON, R., «Critical Legal Histories», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984. Citado por PEREZ LLEDÓ, J. A., *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 382-386.

⁷³ CÁRCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 114 y 115.

⁷⁴ RAZ, J., «Autoridad, derecho y moral», en *La ética en el ámbito público*, cit., p. 256.

⁷⁵ KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, cit., p. 19.

y el espacio, el yo y la comunidad, las creencias, la noción de progreso, el tratamiento de las relaciones entre el Derecho y la sociedad desde una óptica no exclusivamente funcionalista, etc., y, seguramente por influencia del pensamiento comunitarista, el retorno a temas como las relaciones entre el Derecho y las categorías jurídicas y la religión (Schmitt, Kelsen) o el Derecho y el amor (Radbruch, Legaz). Así, por ejemplo, la consideración del Derecho como un sustitutivo del amor en la configuración del orden social (Peces-Barba, Waldron), permite explicar los fenómenos de colonialismo o imperialismo jurídico denunciados por Habermas o Kahn. Es posible que la situación actual de desencantamiento y desencanto respecto al Derecho responda, en parte, a la sobrecarga de tareas a la que se ven sometidos los sistemas jurídicos en sociedades en las que el individualismo feroz ha desintegrado las comunidades que forman parte del *lebenswelt*. Uno de los méritos que debe reconocérsele al comunitarismo es, precisamente, haber llamado la atención sobre la pérdida que, en muchas ocasiones, supone la juridificación de ciertos espacios de interacción humana. Recurrir a las leyes y los tribunales para lograr el respeto de ciertas normas que en una sociedad bien ordenada deberían ser observadas espontáneamente o, en todo caso, por razones sociales y/o morales, o resolver conflictos que no deberían traspasar nunca el ámbito doméstico o vecinal, descubre, bien un sistema jurídico que excede con mucho su ámbito natural de actuación y coloniza territorios ajenos, bien una sociedad en la que el debilitamiento—cuando no descomposición— de los lazos comunitarios desencadena un recurso abusivo al control coactivo y los medios institucionales de solución de controversias; o quizá, ambas cosas. No creo que se estén necesariamente asumiendo planteamientos neoliberales cuando se advierte de la conveniencia de no demandar, sin más, una mayor presencia del Derecho y las instituciones, sin percatarse de que lo que provoca a veces esa exigencia es un resquebrajamiento de la benevolencia y la fraternidad donde antes estas virtudes se encontraban en una medida suficiente como para no hacer necesario al Derecho ⁷⁶.

Una teoría filosófica del Derecho, que adopte una perspectiva trascendente y totalizadora de su objeto, mejor dicho, una teoría filosófica en tanto que trascendente y totalizadora, no tiene, en principio, por qué resul-

⁷⁶ Vid. SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de M. L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 52 y 53.

tar incompatible con un análisis formal del Derecho ni con una teoría que, fomentando la continuidad entre la racionalidad jurídica y la racionalidad práctica, ofrezca soluciones a los participantes. De ahí que, sin dejar de ayudar a los juristas a decidir en los problemas para los que deben ofrecer una respuesta jurídica, la Teoría del Derecho deba ser capaz, al mismo tiempo, de distanciarse de la práctica y convertirse en una descripción y comprensión del ser del Derecho. Esto es, debe ser una ontología jurídica, pero no una ontología de corte metafísico, sino un análisis del fenómeno jurídico apoyado en el trabajo de las ciencias jurídicas y no jurídicas para dar cuenta de esas otras realidades que, sin ser formalmente jurídicas, son elementos de la compleja estructura existencial de lo jurídico. Algo de esto han tratado de ser, pese a sus limitaciones y esquematismo, las teorías pluridimensionales (tridimensionales o tetradimensionales) que parten de lo que cabría denominar como un eclecticismo ontológico-jurídico complejo⁷⁷. En esta línea, Atienza y Ruiz Manero consideran que, junto al análisis estrictamente lógico del Derecho y una concepción moderadamente racionalista y objetivista de la ética, que permita reconstruir aspectos fundamentales de nuestras prácticas sociales, la teoría jurídica debería incorporar también una filosofía social que haga visibles los elementos desigualitarios presentes también en el Derecho de las sociedades contemporáneas avanzadas, así como el carácter ideológico de determinadas instituciones y conceptos jurídicos y que asuma la historicidad del Derecho y las categorías jurídicas⁷⁸.

6. LA TEORÍA JURÍDICA FRENTE AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

Una concepción de la Teoría del Derecho como una ontología jurídica del tipo que hemos comentado estaría en condiciones de ofrecer una imagen compleja del Derecho, una visión totalizadora del mismo alejada, por ello, de los reduccionismos que han jalonado la historia del pensamiento jurídico. Ahora bien, el precio de una perspectiva omnicompreensiva y no sectorial puede terminar siendo una teoría jurídica sin un concepto del

⁷⁷ HERNÁNDEZ MARÍN, R., «Concepto de la Filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 184.

⁷⁸ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., pp. XII y XIII.

Derecho, esto es, una teoría jurídica incapaz de ofrecer una definición más o menos precisa de su objeto de conocimiento. Este es un límite que, como señalamos anteriormente, tampoco logran superar las Teorías Generales del Derecho ensimismadas en la disección y análisis de las normas, los sistemas y los conceptos jurídicos. La aspiración de las primeras a componer una imagen lo más abarcadora posible de la realidad jurídica y la incapacidad de las segundas para trascender los elementos formales obtenidos del análisis jurídico terminan por provocar una huida de la definición del Derecho. Y es precisamente el desarrollo de esta labor conceptual una de las razones que con más fuerza abogan en favor de una teoría jurídica que, al menos en cierta medida, precise de la filosofía.

Probablemente, el argumento más invocado para explicar y justificar este abandono de la búsqueda de una definición del Derecho ha sido que ésta conllevaría un empobrecimiento de la visión de un fenómeno, como el jurídico, demasiado complejo para ser abarcado mediante formulaciones más o menos breves y simples. De ahí que, como alternativa a esta tarea definicional, se defienda una Teoría del Derecho que no asuma como una premisa necesaria la definición de su objeto de estudio, sino únicamente una descripción o identificación del mismo, y que tampoco considere que aquélla ha de ser una meta o resultado final imprescindible de su investigación. Bastaría, de esta forma, con enumerar algunas notas definitorias del Derecho (normatividad, eficacia, coactividad, justicia, etc.), con ofrecer un mapa de alternativas, sin necesidad de terminar de precisar la jerarquía o importancia de cada una de ellas.

Esta apuesta por *la descripción versus la definición* representa, en gran medida, una alternativa integradora al esencialismo conceptual que habría dominado muchas definiciones del Derecho, tanto iusnaturalistas como positivistas o sociológicas. Pero, sobre todo, es la respuesta a un modo de entender el concepto de Derecho que ha fomentado una suerte de horror a la definición. Me refiero a esa tendencia a, una vez «identificada» entre varias candidatas la nota o propiedad que distinguiría al Derecho de otras realidades más o menos próximas, estimar que el Derecho es aquello y solamente aquello que permite definirlo/diferenciarlo, cuando lo cierto es que se trata de una realidad pluridimensional.

La alternativa tanto al reduccionismo como al pluridimensionalismo debe buscarse, por tanto, en un concepto de Derecho que, sin incurrir en el esencialismo, tampoco se reduzca a la enumeración de algunas notas o pro-

piedades. No avanzar este paso supondría quedar atrapados en un concepto de Derecho sin contornos definidos, cargado de ideas contradictorias, en permanente tensión interna, y sin una dirección identificable. Por ello, aunque parta de la observación, de las aportaciones de las ciencias sociales, la tarea de definir el Derecho también conlleva, inevitablemente, un momento valorativo. En el mundo jurídico, definir, lo mismo que interpretar⁷⁹, no es casi nunca una tarea puramente intelectual, sino que precisa siempre de algún tipo de elección o decisión. Por tanto, toda definición del Derecho opera necesariamente seleccionando alguna propiedad o rasgo como fundamental para su definición: unas la justicia, otras la eficacia, otras la normatividad, etc. Si adoptamos un enfoque lingüístico, esto significa que los problemas de vaguedad del término Derecho sólo pueden ser superados mediante una decisión valorativa cuya racionalidad o, mejor dicho, razonabilidad, sólo puede ser justificada desde la filosofía y no desde la ciencia.

Para consumir esta evolución de la descripción a la selección, se proponen nuevas denominaciones. El objetivo de la Teoría del Derecho excedería de la respuesta a la pregunta por el concepto de Derecho, entendiendo ahora por éste la enumeración de propiedades o dimensiones de lo jurídico o la adscripción del Derecho a ciertos géneros. Del concepto de Derecho, así entendido, podríamos decir lo mismo que Dworkin predica de cualquier concepto: que no hace más que plantear un problema, no resolverlo. De ahí que, como defiende Aguiló, el problema de la Teoría del Derecho no sea sólo responder a la pregunta por el concepto de Derecho mediante definiciones *per generum et differentiam* sino a la pregunta por la naturaleza del Derecho o –utilizando una expresión que ha hecho fortuna entre los filósofos del Derecho– desarrollar una cierta concepción del Derecho⁸⁰. Para lograrlo, la teoría jurídica ha de cerrar el concepto de Derecho *seleccionando* alguna/s de esas notas o características y *defendiendo su importancia* frente a otras en la explicación de cómo se usa el término⁸¹. La constatación de que este cierre no puede ser nunca una labor neutral y descriptiva sino necesariamente valorativa representa, a

⁷⁹ Como señala Guastini, definición e interpretación son congéneres; se habla de definición en relación a vocablos y sintagmas; se habla de interpretación en relación a enunciados; pero la actividad intelectual (determinación de significado de expresiones lingüísticas) es la misma. GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, cit., p. 203.

⁸⁰ AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes y el ordenamiento jurídico*, cit., p. 166.

⁸¹ SOPER, P., *Una Teoría del Derecho*, cit., p. 46.

mi modo de ver, una razón más que justifica y da sentido a una Teoría del Derecho con un importante componente filosófico.

Los intentos de cerrar el concepto de Derecho parecen decantarse por la noción de deber jurídico, de normatividad jurídica. En los debates de las últimas décadas, esta propiedad parece constituir un límite conceptual que cualquier teoría adecuada del Derecho debe satisfacer, de tal forma que una teoría jurídica que no explique la normatividad sería, por este sólo motivo, una propuesta conceptual inadecuada⁸². Esto no significa que, quienes buscan en esta dimensión la naturaleza del Derecho ignoren que éste posee también otras dimensiones (axiológica, justificativa, sociológica) sino, simplemente, que la normativa, la de guía de la conducta a través de la figura del deber jurídico tiene –en palabras de Aguiló– «un peso gravitacional» superior al resto de dimensiones, las cuales cumplirían una función subordinada a la dimensión directiva⁸³. Pero ello no puede suponer, en mi opinión, que la naturaleza del Derecho pueda ser explicada únicamente desde el punto de vista interno, como si la normatividad jurídica sólo existiese en el plano del deber ser y no también en el plano del ser, en las creencias y significados sociales que posee para los individuos y la comunidad.



⁸² NAVARRO, P. E., «Tensiones conceptuales del positivismo», cit., p. 146.

⁸³ AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes y el ordenamiento jurídico*, cit., p. 163.